

# Forholdet til anskaffelsesregelverket

Advokat Øyvind Renslo, KS Advokatene

# Hovedproblemstillingen

- Hvilken betydning har anskaffelsesregelverket for utbyggingsavtalene?
  - Når gjelder reglene?
  - Hva er sikkert og hva er usikkert?
  - Hvordan bør kommunene forholde seg?

# Når gjelder anskaffelsesregelverket?

–

## Lov og forskriftstekst

- **Loven § 3:**

*”Loven gjelder **anskaffelser** av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider*

*”  
...*

- **Forskriften § 1-3 (1):**

*”Denne forskrift får anvendelse på **tildeling av offentlige kontrakter** om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider.”*

# Når gjelder anskaffelsesregelverket?

–

## Noen utgangspunkter

- EØS-avtalen (og anskaffelsesreglene) regulerer forholdet mellom offentlige organer og markedet.



- Skille mellom offentlig myndighetsutøvelse og privatrettslig kontraktsinngåelse
  - Ren myndighetsutøvelse i form av eksempel av enkeltvedtak  $\neq$  kontrakt

# Gjensidig bebyrdende kontrakt - generelt

- Kontrakt som er gjensidig bebyrdende.
- Kontrakt → må kunne gjennomføres ved domstolenes hjelp
- Gjensidig bebyrdende → begge parter må forplikte seg til å yte noe
- Det offentlige må yte noe tilbake.
- Ytelsen kan være: penger, tjenester, varer, eiendom m.v.
- Skille ut rene gavedisposisjoner?
- Skille ut tilfeller der det offentlige bare "yter" et vedtak?
- Skille ut disposisjoner som ikke direkte er knyttet til offentlige oppgaver eller knyttet til

# Anskaffelsesreglene – De grunnleggende prinsipper

- Ikke-diskriminering
  - Konkurransen
  - Likebehandling
  - Forutberegnelighet
  - Gjennomsiktighet
  - Etterprøvbarehet
  - Forretningsmessighet
- 
- Proporsjonalitet/forholdsmessighet



# Generelle trekk ved utbyggingsavtaler

- Kommunen benytter kompetanse gitt i pbl. (§ 67) som grunnlag for en avtale med utbygger + evt avtalekompetanse
- Avtalen kan omfatte mer enn det kommunen kan pålegge.
- Tilknytning til gjennomføring av arealplan
- Noen ganger skal utbygger bekoste alt.
- Noen ganger skal også kommunen bidra, med penger eller på annen måte.

# Anskaffelsesreglene og utbyggingsavtaler

- **Utgangspunkt:**

Utbyggingsavtale ≠ gjensidig bebyrdende kontrakt

- Fordi: Utbyggingsavtale som utgangspunkt en offentligrettslig disposisjon – klarlegger utbyggers forpliktelser etter pbl og praktisk gjennomføring

- **Unntak:**

- Når utbyggingsavtalen gjør noe kvantativt mer enn å erstatte et pålegg etter pbl.

# Hvis anskaffelse – Hva anser man som ytelse og motytelse?

- Utgangspunkt:  
Hvis det skal være en gjensidig  
bebyrdende avtale, må begge parter yte  
noe.
- Hva yter partene?
- Rettskildebilde

# Utbyggers ytelse

- Hva kan ytes i henhold til lovverket?
  - Pbl. § 67
  - Reglene om utbyggingsavtaler
    - ”Fortsatt vil det være stor handlefrihet for partene i å utarbeide gode og situasjonstilpassede avtaler.” (Veilederen)*
  - Gaver
- Hvordan ytes dette?
  - Utbygger påtar seg alt
  - Får bidrag fra kommunen
  - Utbyggingsavtaler for å slippe refusjonsoppgjør
  - Påfører kommunen og innbyggerne ulemper

# Kommunens ytelse

- Hva kan kommunen bidra med?
  - Rent økonomisk bidrag
  - Tjenester, varer, fast eiendom m.m.
  - Byggetillatelse?
  - Skal infrastruktur overtas av kommunene etterpå ? Kommunen vedlikeholde?
  - Annet ?

# Scala-dommen (C-399/98)

- Privat prosjekt for utvikling av område.
- Tiltakshaver betaler del av infrastrukturtiltak = Nasjonal betingelse for byggetillatelse
- Kommunens frafall av krav på bidrag til offentlig opparbeidelse av infrastruktur ble betraktet som betaling etter avtalen, slik at kontrakten ble ansett for å være gjensidig bebyrdende og således omfattet av anskaffelsesregelverket.

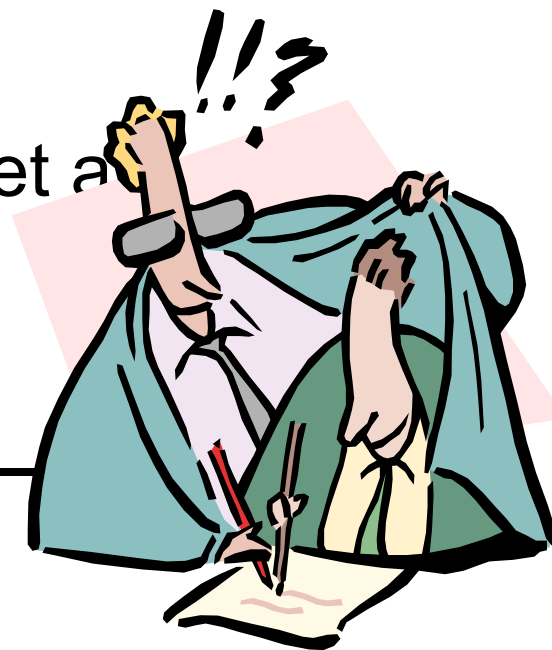
# Betydningen av Scala- dommen

- Noe særegne italienske regler – ikke tilsvarende i Norge
- Pålegge utbygging contra gi avkall på bidrag
- Usikkert hvor langt konsekvensen av dommen kan trekkes.
  - Må selve byggetillatelsen anses som vederlaget? Evt. i hvilke tilfeller?
  - Må det være elementer i avtalen utover det kommunen kan pålegge med hjemmel i pbl. § 67?

# Scala-dommen - begrunnelse

- Kan ikke ved utbyggingsavtaler omgå markedseksponering av oppdrag
- Hvis direktetildeling til utbygger – også en direktetildeling av fortjenesten
- Hvis utbygger interessert i oppdraget – stor sannsynlighet at også andre er det!

***Må derfor se på realitetene –  
en konkret vurdering!!!***



# Konsekvenser (1)

- Bør kunne holde på at utbyggingsavtaler ikke er anskaffelser med mindre de inneholder noe utover de pålegg som kan gis med hjemmel i pbl.

# Konsekvenser (2)

**Når noe mer enn det som kan pålegges – tilfellene grupperes i tre:**

1. Hvis utbygger skal betale for infrastruktur-utbygging alene og beholde dette i eget eie/overdrar til andre enn kommunen.
2. Hvis utbygger skal betale for infrastruktur-utbygging alene, men overføre disse til kommunen.
3. Hvis begge parter skal bidra til den aktuelle infrastruktur-utbyggingen
  - a) Kommunens bidrag svært lite - type bidrag ?
  - b) Kommunen gir et reelt bidrag
  - c) Utbygging aktuelt mer eller mindre uavhengig av det konkrete byggeprosjektet

***Sannsynligheten for at det er en anskaffelse øker jo lengre ned på listen man kommer! Men må uansett se på realitetene!***

# Men ikke alltid så enkelt!

- Ulemper ved å måtte utlyse?
- Kan utbygger gjøre arbeidet som "egenregi"? - neppe
- Hvis utbygger utlyser - kan utbygger delta i anbudskonkurransen? - neppe
- Hvis kommunen utlyser – kan utbygger delta i konkurransen? – hvis grunnleggende krav kan overholdes

# Konsekvenser (3)

- Hvis noen del av avtalen = anskaffelse



Denne delen omfattes av regelverket

- Kommunen kan også velge anbud for sikkerhets skyld
- Kommunen kan selv utlyse eller kreve at utbygger overholder regelverket
- Manglende utlysning = ulovlig direkteanskaffelse?
  - Avhenger av verdien av anskaffelsen

# Råd

- Skaff oversikt over hva som skal ytes av hvem tidlig i prosessen
- Foreta en konkret vurdering av forpliktelsene – kan noe være en fordekt anskaffelse for kommunen
- Hvis noe er å anse som en anskaffelse, vurder hvordan regelverket kan oppfylles.
  - Hvem skal utlyse konkurranse?
  - Er det aktuelt for utbygger å delta?
  - Finnes det unntaksregler som gir kommunen mulighet til å tildele kontrakten direkte?

# Forholdet til statsstøtteregele

- Hvis kommunen skal yte noe, uten å få noe konkret tilbake, må forholdet til statsstøtteregele vurderes.
- Hvis overdragelse av tomt, bygning, rettigheter → sikrest å overdra til markedsverdi (takst)